

Bundesamt für Bauten und Logistik
Geschäftsstelle Beschaffungskonferenz des Bundes
Fellerstrasse 21
3003 Bern

Bern, 30.06.2015

Stellungnahme Transparency International Schweiz zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

Sehr geehrte Damen und Herren

Transparency International Schweiz dankt Ihnen für die Möglichkeit, zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) Stellung zu beziehen. Da sich unsere Organisation ausschliesslich mit der Sicherung der Integrität der Auftragsvergabe (Korruptionsbekämpfung, Vermeidung von Interessenkonflikten und Kollusion) befasst, werden wir nur jene Artikel des in Vernehmlassung stehenden Gesetzes kommentieren, bei denen die Wahrung der Integrität oder Fehlanreize in Bezug auf die "Vetternwirtschaft" ein Thema sind und erlauben uns wie folgt Stellung zu nehmen:

Grundsatz

TI Schweiz begrüsst, dass das revidierte GPA neben den klassischen Marktzugangsziele eines WTO-Erlasses – für Welthandelsrecht nicht selbstverständlich – neu auch die Korruptionsbekämpfung und die Vermeidung von Interessenkonflikten ausdrücklich thematisiert. In der Aufnahme des Grundsatzes der Förderung eines wirksamen Wettbewerbs in Art. 1 lit. d BöB im Sinne von „Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption“, sieht TI Schweiz die konsequente und notwendige Umsetzung dieser Ziele des WTO-Übereinkommens. In der Zukunft wird Wirtschaftsregulierung tendenziell nicht nur der Liberalisierung und dem Marktzutritt, sondern auch der Wahrung öffentlicher und privater governance dienen. Diesem Trend entzieht sich der BöB-Entwurf richtigerweise nicht.

Dass die Umsetzung des revidierten GPA zum Anlass genommen werden soll, das schweizerische öffentliche Beschaffungswesens aus volkswirtschaftlichen Erwägungen zu harmonisieren, ist nachvollziehbar und zu begrüessen, aber nicht um jeden Preis. Den bestehenden Differenzen bei der

Verhandlungsmöglichkeit und im Rechtsschutz ist vielmehr soweit Rechnung zu tragen, als die entsprechenden Regelungen einer maximal wirksamen Korruptionsbekämpfung dienen. Das heisst, dass das Zurückdrängen der Verhandlungen (siehe dazu unten) wichtiger ist als die Harmonisierung. Dasselbe gilt auch für den Rechtsschutz (siehe dazu unten).

Korruptions-Prävention

Für TI Schweiz steht der Gedanke im Vordergrund, dass die am Beschaffungsprozess Teilnehmenden möglichst vorbeugend auf die Einhaltung von ethischen Grundsätzen verpflichtet werden sollten. Die Verpflichtung aller Beteiligten zur Integrität kann auch insofern zur Vermeidung von Bestechung unter den Anbieterinnen beitragen, weil keine von ihnen davon ausgehen muss, dass der andere besticht.

TI Schweiz empfiehlt die Einführung einer Integritätsklausel in allen Submissions- und Ausführungsunterlagen, wodurch die Auftraggeberin und die Anbieterin in der Submissions- sowie in der Ausführungsphase verpflichtet werden. Dieses Prinzip könnte in der Verordnung verankert werden.

Um die Korruptionsprävention zu stärken und im Gesetz zu verankern, sollte die Auftraggeberin im Vergabeverfahren zur Sicherstellung von Anti-Korruptionsmassnahmen verpflichtet werden. TI Schweiz schlägt daher vor in Art. 30 BöB die Teilnahmebedingungen um den *„Verzicht auf Wettbewerbsabreden und die Ergreifung aller erforderlichen Massnahmen zur Vermeidung von Bestechung und anderem unethischen Verhalten“* zu erweitern. Die Aufträge könnten somit nur noch an Anbieterinnen vergeben werden, die den Nachweis erbringen, Massnahmen zur Vermeidung von Korruption (insbesondere Bestechung) getroffen zu haben. Die Umsetzung wäre im Sinn einer Selbstdeklaration, wie im Art. 30 Abs. 2 BöB vorgesehen, möglich.

Einen weiteren wichtigen Bestandteil der Korruptionsprävention stellen griffige Sanktionen gegenüber fehlbare Anbieterinnen dar. Für schwerwiegende Vergehen, d.h. gerichtlich Verurteilungen, soll eine zentrale schwarze Liste geführt werden, die von den Auftraggeberinnen im Auswahlverfahren konsultiert werden muss. Jedoch soll bereits der konkrete Verdacht einer Verletzung der Anti-Korruptionsbestimmungen, den Ausschluss von Vergabeverfahren zur Folge haben.

Verhandlungsmöglichkeit

TI Schweiz empfiehlt dringend von den Verhandlungsmöglichkeiten in Art. 26 abzusehen. Sie öffnet Tür und Tor für Vetternwirtschaft und andere dem Gesetz zuwiderlaufende Machenschaften. Die Verhandlungsmöglichkeit steht diametral zum Grundsatzartikel 1 lit. d BöB, der einen korruptionsfreien Wettbewerb festlegt.

Die scheinbaren Argumente für eine Verhandlung, können einer genaueren Prüfung nicht standhalten. So zum Beispiel wird in Art. 26 lit. a, die Einbringung einer Unternehmervariante, welche in der Folge allen Anbieterinnen zur Nachtragsofferte unterbreitet werden soll, vorgesehen. Dies jedoch macht aus Unternehmersicht keinen Sinn. Wenn eine, von einem Unternehmen eigens für den Auftrag entwickelte Variante allen Konkurrenten als Basis für eine Nachtragsofferte unterbreitet wird, fällt die Motivation, Investitionen für Innovationen zu tätigen, weg.

Die interkantonale Vereinbarung im öffentlichen Beschaffungswesen (IVöB) kennt keine Verhandlungsmöglichkeiten, was im Interesse einer effektiven Korruptionsbekämpfung liegt. Aufgrund der oftmals vorherrschenden Kleinräumigkeit besteht in den Kantonen eine erhöhte Missbrauchsgefahr.

Daher fordert TI Schweiz den Bund dazu auf, im Sinne der Harmonisierung und im Sinne einer dem GPA entsprechenden Regelung, auf die Verhandlungsmöglichkeit im BöB zu verzichten. Soweit sich der Verzicht auf Verhandlungen auf Bundesebene entgegen den Vorschlägen von TI nicht ebenfalls durchsetzt, sollte jedenfalls auf kantonaler und kommunaler Ebene auf die Einführung von Verhandlungen verzichtet werden.

Wenn entgegen der Überzeugung von TI Schweiz Verhandlungen auf Kanton/Gemeindestufe ermöglicht würden, sollte eine öffentliche Angebotsöffnung (üblich auf Kanton/Gemeindestufe) nicht stattfinden, wenn Verhandlungen in der Ausschreibung vorbehalten sind. Bei öffentlichen Angebotsöffnungen besteht die Gefahr eines Preisaustausches zwischen den Anbieterinnen, was nicht im Sinne eines transparenten Verfahrens sein kann.

Rechtsschutz

Der Rechtsschutz auf Bundes- wie auch Kantonsebene ist unserer Ansicht nach wichtig, da allein das Wissen um die Rechtsschutzmöglichkeit die Compliance der Verwaltung präventiv erhöht. Daher begrüsst TI Schweiz den neu vorgesehenen Zugang zum Gericht für alle Beschaffungsvorhaben ab einem Auftragswert von CHF 150'000.- sehr. Der Rechtsschutzschwellenwert für kantonale und kommunale Beschaffungen könnte der Zielsetzung des Binnenmarktgesetzes entsprechend auch tiefer sein. Jedenfalls sollten auf kantonaler Ebene auch unterhalb des Schwellenwertes Binnenmarktträgen (sog. Diskriminierungsrügen nicht ortsansässiger Anbieter) zulässig sein, nur die Möglichkeit derartiger Beschwerden vermag protektionistische Praktiken wirksam zu verhindern.

Um den Governancezielen des revidierten GPA umzusetzen und im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes auf Stufe des BöB, empfiehlt TI Schweiz die Behördenbeschwerdemöglichkeit des WEKO Sekretariats analog des E-IVöB auch auf Bundesebene einzuführen. Jedoch warnt TI Schweiz davor, die in Art. 54 Abs. 4 vorgesehene vom normalen Verwaltungsverfahrensrecht (VwVG) erheblich abweichende "einfache und rasche" Verfahren umzusetzen, welches die Verfahrensgarantien der Beschwerdeführenden empfindlich einschränken würde.

Sollte hier auf Verordnungsebene eine verfahrensrechtliche Spezialregelung geschaffen werden, müsste zumindest im erläuternden Bericht die Konformität mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK geprüft und gegebenenfalls klargestellt werden, dass und weshalb unterhalb der bisherigen Schwellenwerte Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht gewährleistet werden soll.

Transparency International Schweiz dankt Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die gebotene Möglichkeit zur Stellungnahme. Bei Fragen oder Unklarheiten stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Eric Martin
Präsident



Christine Saxer
Geschäftsführerin a.i.